

A FALIBILIDADE DO EXAME DE DNA: NECESSIDADE DE REVISÃO DA POSTURA DOS JULGADORES NAS AÇÕES DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

*Hamilton de Oliveira Martins Neto**

“A lei é inteligência, e sua função natural é impor o procedimento correto e proibir a má ação”.

(CÍCERO)

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Da prova. 2.1. Conceito. 2.2. Objeto. 2.3. Ônus. 2.4. Valoração. 3. Do exame de DNA. 3.1. Faculdade ou obrigatoriedade. 3.2. A qualidade dos testes de DNA. 3.3. A (In)falibilidade dos testes de DNA e a atuação de nossos julgadores. 4. Conclusão.

1. Introdução

Para que o julgador possa formar seu convencimento, decidindo, assim, a lide posta em juízo, é fundamental a produção de provas, constituindo-se estas nos elementos que servirão de base ao *decisum*.

Como meios de prova admissíveis em nosso ordenamento jurídico temos aqueles denominados de juridicamente idôneos, ou seja, os meios típicos, previstos

* Mestrando em Relações Privadas e Constituição pela Faculdade de Direito de Campos (FDC). Professor de Direito Civil e Direito do Petróleo na Universidade Cândido Mendes/Campos dos Goytacazes e de Introdução ao Direito no Instituto Mendes de Almeida – Rio das Ostras. Professor de Direito do Petróleo no MBA em Direito Ambiental com ênfase em petróleo – Universidade Cândido Mendes. Advogado da PETROBRAS.

em lei e os moralmente legítimos. A prova pericial, gênero do qual o exame de DNA é espécie, ocupa terreno entre os meios legais de prova que, juntamente com os demais, auxiliarão o juiz a, como dito acima, formar seu convencimento.

O que se nota, entretanto, na maioria dos casos, é que o julgador, diante de um resultado de exame que analisou o ácido desoxirribonucléico do investigado e do investigador, se transforma em mero referendário do perito, desmerecendo as demais provas apresentadas e, mais grave, sequer avaliando se aquela prova foi corretamente produzida, se o laboratório que a realizou tinha capacidade para tal mister, se as técnicas recomendadas foram seguidas, se o material empregado era idôneo ou se o perito era apto.

Não se pode questionar que a confiabilidade de uma prova técnica depende de vários fatores. A certeza do exame de DNA, que aponta para um percentual de 99,9999% somente se obtém se o teste for realizado dentro dos parâmetros e condições internacionalmente exigidos. Qualquer descumprimento ou falha compromete por completo o seu resultado.

Abordaremos, pois, o intrincado tema da autoridade e inexorabilidade do exame de DNA produzido especialmente nas ações de investigação de paternidade e a postura de nossos juízes e Tribunais frente à sua suposta infalibilidade

Como meio probatório que é, iniciou-se o estudo com uma breve abordagem sobre o tema da prova em geral, sendo apresentados seu conceito e objeto, a discussão acerca do ônus de sua produção e as formas de valoração das provas produzidas em juízo.

O cerne, porém, do presente ensaio é o questionamento acerca da propalada aura de certeza absoluta que cerca o exame de DNA, trazendo alguns argumentos que levantam dúvidas sobre tal exatidão,

apontando fatos que contribuem para a derrocada do mito de tal espécie de prova.

O que se pretende, no entanto, não é descaracterizar ou contestar a importância da referida prova pericial, mas relativizá-la, não juntando forças à corrente que entende ser a mesma bastante para que se afira a paternidade discutida, desprezando-se as demais provas apresentadas.

Destaca-se, ainda, ponto de fundamental importância, qual seja, a da capacidade de nossos laboratórios de realizar testes de DNA conforme determinam as regras internacionais que, caso desobedecidas, maculam por inteiro qualquer resultado, comprometendo, pois, a confiabilidade do exame pericial.

Finalmente, o papel do julgador é avaliado, já que fundamental em todo o processo, não podendo ser este de mero referendo à prova técnica apresentada, por mais que a doutrina e a jurisprudência venham dando ao exame de DNA um tratamento de supremacia e, por vezes, independência total, dos demais meios de prova.

O que se pretende, com este ensaio, nada mais é do que buscar chamar a atenção sobre o assunto, para o dever do juiz de averiguar todos os fatores que implicam na produção da prova pericial, para que tão importante meio probatório, praticamente infalível, se feito de maneira correta, possa apontar a verdade real, confirmando ou não a paternidade discutida, e não se transforme em uma panacéia meramente formal, onde o perito se torna rei e o laudo sentença.

2. Da Prova

2.1. Conceito

Vários são os conceitos de prova encontrados na doutrina pátria. Como o tema do presente trabalho cinge-

se à alegada infalibilidade do exame de DNA, e não sobre prova em geral, apresenta-se aqui apenas um desses conceitos, formulado pelo professor Alexandre Câmara, segundo o qual “denomina-se prova a todo elemento que contribui para a formação da convicção do juiz a respeito da existência de determinado fato.”¹ Ressalta, ainda, o referido autor, que há uma diferença entre convicção e certeza, já que enquanto a certeza é objetiva, sendo uma qualidade do fato, a convicção é subjetiva, e se forma na mente do juiz.²

2.2. Objeto

A prova não tem por fim criar a certeza dos fatos, mas a convicção do juiz sobre tal certeza. Assim, pode-se afirmar que “a prova é constituída pelas alegações das partes a respeito dos fatos”³

Tal afirmação é referendada por Alexandre Câmara,⁴ para o qual:

“... as alegações podem ou não coincidir com a verdade, e o que se quer com a produção da prova é exatamente convencer o juiz de que uma determinada alegação é verdadeira. Alegações sobre fatos, pois, e não os fatos propriamente, constituem o objeto da prova”.

¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. V. I. 8ª ed. revista e atualizada segundo o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 389.

² *Ibidem*, p. 389-390.

³ MELENDO, Santiago Sentis. *La Prueba*. Buenos Aires: EJE, 1979. p. 12.

⁴ CÂMARA. Op. cit., nota 1, p. 393.

2.3. Ônus

Segundo o art. 333 do Código de Processo Civil, cabe ao autor o ônus de provar o fato constitutivo de seu direito, e ao réu o de provar os fatos extintivo, impeditivo e modificativo do direito do autor.

Assim, em uma ação de investigação de paternidade cabe ao autor provar que o réu é o seu pai, podendo, para tanto, requerer a realização de prova pericial, no caso o exame de DNA. A obrigatoriedade ou não do investigado de se submeter a tal exame será adiante analisada.

2.4. Valoração

São os sistemas de valoração da prova que permitirão ao julgador a formação de um juízo de valor sobre o objeto da prova, formando assim seu convencimento acerca do *fato probandi*.

O primeiro sistema de valoração da prova conhecido foi o da prova legal, originário das *ordálias* (ou juízos de Deus). Nesse sistema primitivo acreditava-se que a parte que estivesse com a razão seria protegida pela divindade. Era a crença na intervenção divina em todos os acontecimentos.

As ordálias se baseavam, por um lado, na ignorância e, por outro, na superstição; na ignorância das relações de causa e efeito dos fenômenos da natureza, e na superstição de que tudo dependia da vontade de Deus.

Somente desde estas perspectivas pode-se explicar os meios mais cruéis de prova, como o duelo, a utilização de água fervente ou da fogueira.

Desterrado o sistema das ordálias, foi estabelecido o que se denominou de prova apriorística, ou seja, uma série de regras que determinavam o valor probatório de todos e cada um dos meios de prova, tendo-se assim o

resultado a que podia chegar o juiz, atendidas as provas praticadas.

Tais regras representavam uma garantia da cidadania frente ao juiz, originária da desconfiança do titular do poder frente aos seus próprios juízes, não se desejando que fossem livres para estabelecer os fatos que deviam considerar-se provados.

Superado o sistema da prova legal, chegou-se ao sistema da livre convicção, segundo o qual o juiz deve julgar de acordo com seu convencimento, o qual poderá ser formado através de quaisquer elementos.

Para Juan Monteiro Aroca⁵ este caminho acaba na arbitrariedade e na irresponsabilidade, sendo a vontade discricionária, a falta de motivação e responsabilidade as notas que o caracterizam. Por este sistema, o juiz não fica vinculado às provas produzidas, podendo proferir sua decisão, até mesmo, com base em impressões pessoais e fatos que tomou conhecimento extrajudicialmente.

Finalmente, o último sistema conhecido e também o mais adotado, é o da persuasão racional, também chamado de livre conhecimento ou livre convencimento motivado. Neste sistema o juiz é livre para formar seu convencimento, desde que este se baseie nos elementos constantes dos autos.

Não pode o juiz considerar, com o intuito de formar seu entendimento acerca das alegações sobre a matéria de fato, nenhum elemento que não tenha sido carreado para os autos. É a aplicação do brocardo *quod non est in acti non est in mundo*.

Segundo Ricardo Aronne:⁶

“... o magistrado possui plena liberdade de julgar o feito, segundo seu

⁵ MONTEIRO AROCA, Juan. *Los Principios Políticos de La Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil – Los Poderes Del Juez y la Oralidad*. Valência: Ed. Tirant lo Blanch, 2001. p. 108-141.

⁶ ARONE, Ricardo. *O Princípio do Livre Convencimento do Juiz*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996. p. 73.

convencimento, tendo como limitador a esta liberdade a lei, os fatos constantes dos autos e os limites da lide.”

Além de basear sua decisão nas provas existentes nos autos, o juiz deverá apresentar no *decisum* os motivos que o levaram a decidir desta ou daquela forma. É o princípio da motivação das decisões judiciais.

3. Exame de DNA

Existem casos em que o julgamento do mérito da causa depende de conhecimentos técnicos de que o magistrado não dispõe, devendo ele, nesses casos, recorrer ao auxílio de um especialista, o perito, auxiliar da justiça que, dispondo do conhecimento técnico necessário, transmitirá ao órgão jurisdicional seu parecer sobre o tema posto à sua apreciação.

Embora a prova pericial tenha por fim dar ao órgão jurisdicional elementos técnicos de que o magistrado não dispõe para que se torne possível o julgamento do *meritum causae*, o art. 436 do CPC estipula que o juiz não está adstrito ao laudo, podendo formar sua convicção livremente, tomando por base os demais elementos probatórios constantes dos autos.

O exame de DNA, espécie de prova pericial, feito a partir da molécula que contém o código genético determinador da herança cromossômica de cada indivíduo, denominada ácido desoxirribonucléico, é sem dúvida, uma das maiores descobertas científicas, sendo aplicada tanto na área cível, para a determinação da paternidade, como na área criminal, como método de identificação da autoria e, ainda, na prevenção de doenças.

Conforme salientado pela professora Maria Celina Bodin de Moraes:⁷

“... a importância desta descoberta teve efeitos imediatos e retumbantes, no que se refere à investigação de paternidade, por duas ordens de razões: a confiabilidade dos resultados e a relativa simplicidade do exame ... à confiabilidade do DNA a que permite atingir um grau não inferior a 99,98% de certeza, tanto de determinação quanto na exclusão da paternidade, quando todos os cruzamentos de seqüência são devidamente testados ... Como adicional vantagem, há a simplicidade do exame que pode ser feito a partir de praticamente qualquer tecido do corpo, pois todas as células possuem um mesmo núcleo de DNA.”

O marco inicial da aplicação do exame de DNA, segundo a autora acima citada, foi a publicação por James Watson e Francis Crick, em 1953, de um artigo descritivo da sua estrutura molecular em hélice, seguido pela descoberta feita pelo inglês Alec Jeffreys em 1985, ou seja, três décadas após, que o possibilitou afirmar que, com a exceção dos gêmeos monozigóticos, os indivíduos possuem diferentes seqüências de combinações químicas na molécula, podendo ser diferenciados pelo DNA.

Após esta constatação, a efetivação do referido exame como prova judicial sepultou a utilização dos demais sistemas anteriormente utilizados, como o HLA, pois as partes e os julgadores passaram a preferir o grau de certeza quase absoluto proporcionado pelo novo exame.

⁷ MORAES, Maria Celina Bodin. Recusa à realização de exame de DNA na investigação de paternidade e direitos da personalidade, In: *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 182.

Atualmente pode-se afirmar sem medo de cometer exageros que nas ações de investigação de paternidade o exame de DNA reina soberano, não tendo valor definidor algum as demais provas colhidas, quando o são, durante a fase probatória do processo. Segundo afirma Paulo Maximilian,⁸ tal fato é estatisticamente provado, não havendo nenhuma decisão proferida em ações deste tipo que contrariasse a conclusão apontada pelo laudo do exame de DNA.

3.1. Faculdade ou Obrigatoriedade?

Questão polêmica que envolve o exame de DNA diz respeito a ser ou não obrigatória a sua realização quando requerido por uma das partes, ou mesmo determinado de ofício pelo juiz.

Em outras palavras, o que fazer quando o investigado se recusa a fornecer material para a realização do exame de DNA? Deve o juiz obrigá-lo a tal conduta? A sua recusa deve ser vista como um indício da paternidade discutida? Seria uma prova cabal de que o investigado é o pai do autor da ação?

Os argumentos utilizados na defesa da possibilidade de recusa resumem-se, basicamente, no Princípio da Legalidade, previsto no art. 5º, II da Constituição Federal de 1988, já que inexistente disposição legal a obrigar a realização do exame; no Princípio da Inviolabilidade da Intimidade e da Intangibilidade do Corpo Humano, inserido no inciso X do mesmo art. 5º constitucional; na proibição de utilização de provas obtidas ilicitamente, estatuído no art. 332 do Código de Processo Civil e; no direito de não produzir prova contra si mesmo, o chamado direito ao silêncio, previsto no inciso LXIII do art. 5º já citado.

⁸ SCHONBLUM, Paulo Maximilian Wilhelm. Exame de DNA: Faculdade ou Obrigatoriedade? Indício, Presunção ou Prova? In: *Temas Polêmicos de Direito de Família*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2003. p. 42.

Aqueles que entendem ser obrigatória a realização do exame de DNA apresentam como fundamento o dever de colaborar com a busca da verdade, previsto no art. 339 do CPC; a limitação do direito ao corpo; a razoabilidade entre a dignidade da criança e o sacrifício imposto ao examinado e; no Princípio do Melhor Interesse da Criança, contido no art. 227 da Constituição da República.

Considera-se como marco dessa discussão o julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus 71.373-4/RS, julgado em 10/11/1994. A decisão, por maioria, concedeu a ordem para que o paciente não se submetesse ao exame de DNA, salientando o voto do Ministro Marco Aurélio Mello, que:

“... a recusa do paciente há de ser resolvida não no campo da violência física, da ofensa à dignidade humana, mas no plano instrumental, reservado ao Juízo competente – ou seja, o da investigação de paternidade – a análise cabível e a definição, sopesadas a prova coligida, e a recusa do réu”.

O Novo Código Civil, em vigor desde janeiro de 2003, seguiu o mesmo caminho, ao dispor, nos artigos 231 e 232 sobre a negativa em se submeter ao exame, determinando, no primeiro, que aquele que se recusa a realizar exame médico necessário não poderá aproveitar-se de sua recusa, para, no artigo seguinte, determinar que a recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame.

Segundo o Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, José Carlos Teixeira Giorgis,⁹ inicialmente os juízes consideravam a recusa em fornecer o material para exame de DNA como uma confissão de

⁹ GIORGIS, José Carlos Teixeira. *A recusa as exame de DNA e o novo Código Civil*. Artigo disponível pela Internet, no site <http://www.espacovital.com.br/artigogiorgis5.htm>

paternidade, sob o argumento de que a parte que se opõe furta-se a um resultado desfavorável, o que equivale a confessar implicitamente.

Posteriormente, a negativa passou a ser considerada uma forma de presunção de paternidade invocada, pois se o indigitado não era o pai do autor não existiria motivo para temer qualquer tipo de exame, o que permitia concluir que sua intenção era esconder a verdade, já que as regras de experiência apontam que o exame técnico, principalmente o DNA, só favorece quem verdadeiramente não é pai natural.

Existe, ainda, uma terceira corrente que considera a rejeição ao exame como um indício da paternidade. No entanto, nos parece a posição mais correta aquela que trata a recusa como mais um elemento de prova, que deve ser confrontado com outros, para que se apure com maior grau de certeza a paternidade investigada, não devendo o julgador restringir seu convencimento unicamente ao laudo pericial.

3.2. A qualidade dos testes de DNA

Não se pretende negar que a descoberta do DNA e a realização do pertinente teste traduz-se em exemplar e talvez inigualável meio de, dentre outras aplicações, se apontar com alto grau de certeza a origem genealógica do ser humano, de se identificar com precisão a paternidade discutida em juízo.

Essa precisão indiscutível, no entanto, tem o seu lado negativo. Sob o pálio da alegada certeza se desprezam elementos outros, exógenos e, principalmente, endógenos ao exame em discussão. No primeiro grupo temos a despreocupação dos juízes, postos frente a um laudo médico, em perquirir a verdade por outros meios de prova. Como salientado alhures, a maioria absoluta dos casos de investigação de paternidade levados a juízo são

decididos com base unicamente no resultado do exame de DNA, não havendo registro de sentenças ou acórdãos contrários ao laudo do perito.

É claro que o peso de um exame preciso como o de DNA deve ser superior, pelo menos em tese, ao restante do conjunto probatório. Porém, este grupo de provas, coligidas aos autos, merece análise, não podendo ser desprezado em nome de uma suposta infalibilidade do exame de DNA.

O ponto mais crítico, porém, ao nosso ver, diz respeito aos aspectos próprios da prova pericial, aos condicionantes físicos e práticos de sua realização, como a técnica utilizada, o laboratório responsável, o perito que o avaliou. Qualquer mácula em um desses itens pode tornar imprestável a prova técnica produzida.

O quadro se agrava ao nos depararmos atualmente com um crescente número de laboratórios que se dizem aptos a realizar o exame do ácido desoxirribonucléico, transformando tão vital perícia em uma prestação de serviço como outra qualquer, trazendo como conseqüências, como em todo ramo comercial, a busca pelo menor custo para a obtenção de um maior lucro, o que evidentemente reflete na utilização de material, físico e humano, de qualidade discutível.

Claro nos parece que, como em qualquer outra área, a par da existência de laboratórios de grande capacidade técnica, outros há em que tal aptidão não é encontrada. Essa preocupação, porém, parece passar ao largo da maioria de nossos julgadores que, talvez por estarem atarantados com o grande volume de processos a dar andamento, não se dão ao luxo de analisar a competência dos *experts* indicados para a realização dos testes de DNA.

Em excelente artigo publicado no jornal Folha de São Paulo em 26/02/02, o médico geneticista Luiz Fernando Jobim,¹⁰ pós-graduado nas universidades do

¹⁰ JOBIM, Luiz Fernando. *Teste de DNA*. São Paulo: Jornal Folha de São Paulo em 26 de fevereiro de 2002.

Texas e de Oxford, e professor do Departamento de Medicina Interna na Faculdade de Medicina da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, chama a atenção justamente para essas questões.

Cita o autor o caso do promotor de Justiça Igor Ferreira da Silva, acusado e condenado por assassinar sua esposa grávida, onde um exame feito pelo laboratório da Universidade de São Paulo - USP no DNA extraído os ossos do feto, de sua mãe e do seu próprio, excluiu-o da paternidade, trazendo a suspeita de um crime passionai. Ao examinar o laudo pericial, o doutor Luiz Fernando Jobim constatou erros grosseiros, como falta de comprovação de experiência em genética forense pelo perito que realizou o exame; a extração do DNA dos ossos sem equipamentos adequados; a falta de apresentação de identificação dos alelos (marcadores genéticos) por nomenclatura internacional; a utilização de reagentes feitos "*in house*" em vez de kits de DNA validados e amplamente utilizados pela comunidade especializada; além de não possuir equipamentos apropriados para esse fim, como um seqüenciador automático para a análise genética. O perito do caso informou, ainda, que não realizava testes de qualidade externa, pois não tinha verbas pra tanto.

Outro exemplo citado pelo doutor Luiz Fernando Jobim refere-se a um homicídio ocorrido no interior de São Paulo. Um homem foi morto, sendo que um revólver manchado de sangue foi achado junto da vítima. Um teste de DNA foi realizado em laboratório da localidade, identificando o perfil genético desse sangue. Posteriormente, a polícia levou três suspeitos para realizar os testes de DNA na tentativa de identificação do assassino. O laboratório forneceu laudo com identificação de um dos suspeitos com identidade total com a mancha de sangue, excluindo os demais da responsabilidade. O réu foi preso e, após sua liberdade, aguardando o processo, o próprio doutor Luiz Fernando Jobim repetiu os exames, constatando que o perfil genético encontrado

não era o seu, mas de um dos outros suspeitos. Conclusão: o laboratório havia trocado as amostras.

Situação relacionada à investigação de paternidade também é citada no referido artigo. O falecido cantor sertanejo João Paulo foi réu em um processo de paternidade. O perito oficial enviou ao doutor Luiz Fernando Jobim amostras de ossos carbonizados do cantor, tendo outros dois laboratórios também realizado análises. O doutor Luiz Fernando Jobim facilmente excluiu a paternidade, enquanto os demais deixaram de concluir, certamente por não estarem equipados para a análise de DNA de ossos e dentes, o que, no entanto, não os impediu de aceitar a incumbência.

Como se pode notar, imperfeições existem aos montes, repetidas certamente em inúmeros casos diariamente pelo país. Muitos laboratórios foram formados pelos governos estaduais e universidades sem apresentar competência prévia, não passando por exames de qualidade externa e, ainda, se utilizando de mão-de-obra de alunos. Existem laboratórios cujo responsável técnico não preenche os critérios internacionais de qualidade, que incluem treinamento de no mínimo três anos em laboratório de genética forense.

Infelizmente, conclui o doutor Luiz Fernando Jobim, o Judiciário não tem ainda capacidade para avaliar exames de DNA, que deveriam ser iguais em todos os laboratórios, mas não o são.

Michele Taruffo,¹¹ em artigo datado de 1996, chamou a atenção para o problema, ao citar que:

"... problemi e dubbi crescenti vengono invece sollevati a proposito delle tecniche di analisi, della correttezza della loro applicazione, dell attendibilità

¹¹ TARUFFO, Michele. *Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense*. Artigo publicado na Revista Trimestral de Direito Processual Civil, março de 1996. p. 219 e ss.

dei loro risultati e quindi delle modalità del lorro impiego probatório”.

Alerta o autor para o fato de que as técnicas de análise do DNA são muitas e diversas, devendo o julgador evitar considerar o exame de DNA como envolto em uma *“aura of infallibility”*, que pode não ser confirmada no caso concreto. Salienta a necessidade de se avaliar não somente o emprego correto dos dados a serem analisados, mas também a demonstração específica da técnica de análise empregada e a correição dos procedimentos relativos.

Por fim, afirma que a experiência do uso do teste de DNA como instrumento probatório é muito interessante não somente pela sua importância intrínseca, mas porque demonstra como uma prova científica aparentemente indubitável pode se revelar, ao revés, rica de incertezas, contendo o perigo de erro ou de mal-entendidos quando, da fase de entusiasmo inicial, se passa àquela de reflexão crítica segundo a metodologia científica mais rigorosa.

Não se pode negar que hoje, com os novos recursos de análise genética, se tornou possível obter respostas para situações antes impossíveis, como nos casos de pais falecidos, a partir de familiares diretos. Mas isso não quer dizer, porém, que a análise do polimorfismo do DNA tenha respostas para todas as indagações no campo da identificação do vínculo genético de paternidade, nem que todos os resultados dessa prova sejam imperiosamente verdadeiros.

Os equívocos apresentados nos demonstram que há muita coisa ainda para se aprender. Entre elas a de que não se pode acreditar demasiadamente rápido numa técnica que ainda se consolida e já se rotula com a falsa expectativa de infalibilidade. Não foi por outra razão que nos Estados Unidos criou-se o TWGDAM (*Technical work group for DNA analysis and methods*) e na Europa o EDNAP (*European DNA profiling group*), com a finalidade

de examinar cuidadosamente os diversos problemas na aplicação forense da tipagem do DNA, inclusive criando-se mecanismos seguros para um controle de qualidade.

Para Genival França:¹²

“Os laboratórios devem ser submetidos a controle de qualidade, que conte com banco de dados de frequência populacionais, que em casos de exclusão confira com outros dois tipos de exames genéticos diferentes e que em casos de inclusão conste no relatório o índice de paternidade individual para cada sistema, o índice de paternidade combinado de todos os marcadores, a probabilidade de paternidade em porcentagem e a maneira utilizada para calcular a probabilidade de paternidade”.

Sem estes cuidados não se mostra confiável, ou ao menos perde o exame de DNA, como dito por Taruffo, a sua “aura de infalibilidade,” comprometendo os laudos apresentados e, conseqüentemente, trazendo insegurança à toda uma sociedade que já se habituou a, sempre que se fala em investigação de paternidade, entregar-se cegamente ao que dizem os *experts*.

3.3. A (in)falibilidade do laudo pericial e a atuação de nossos julgadores

Diante do que já foi escrito, nos parece impossível continuar acreditando na infalibilidade do teste de DNA, crença hoje capaz de lhe conferir valor probante absoluto

¹² FRANÇA, Genival Veloso de. *O vínculo genético da filiação pelo DNA: sua aplicação nos tribunais*. In: Âmbito Jurídico, mar/2001. [Internet] <http://www.ambito-juridico.com.br/aj/bio0002.htm>

e inquestionável. Mostra-se imperioso, por razão de princípios científicos, que os referidos testes possam sempre ser analisados em todos os seus aspectos, principalmente quando se vai tomar uma decisão tão grave, já que não se pode ainda ter uma segurança incontestável quanto aos recursos metodológicos utilizados, à competência do perito e à qualidade do laboratório, mostrando-se prudente que os Tribunais acreditem com reserva no resultado do exame apresentado.

Estes resultados devem ser sempre avaliados com muito rigor. O controle de qualidade tem de ser periodicamente exigido, para que não se venha a acreditar em todo e qualquer resultado de uma prova tão delicada, mormente levando-se em conta a pouca experiência nacional neste setor e a precariedade dos serviços que, infelizmente, nos leva a conjecturar sua vulnerabilidade. Basta notar o número elevado de exames discordantes em casos dessa ordem, mesmo quando feitos por laboratórios os mais qualificados.

Os erros são de várias espécies, como a dificuldade de se controlar a técnica, a falsa identificação dos examinados, a troca de amostras, o uso de marcadores genéticos inadequados ou insuficientes, os produtos com prazos vencidos e as falhas na leitura, na interpretação e na transcrição dos resultados, levando tais equívocos a uma exclusão ou a uma inclusão indevida.

Enquanto as técnicas atuais não tiverem caráter de certeza absoluta, atingindo cem por cento de veracidade, elas continuarão a ser um meio de exclusão e não de identificação. Ou seja: a exclusão é categórica e a inclusão probabilística.

Outro fato que não pode deixar de ser salientado é o da pressão de certas empresas interessadas nas vendas dos *kits*, as quais não se cansam de exaltar a excelência dessa técnica como propostas infalíveis e precisamente exatas. Isso vem criando, entre muitos, a falsa expectativa de alcance quase infinito dessas provas.

Aspecto de singular importância se traduz na impossibilidade, presente na maioria das vezes, do perito relator do laudo conclusivo discutir o resultado indicado por um laboratório estrangeiro ou mesmo localizado em outro centro, já que poucos são os serviços que contam com recursos e experiência mais apurados. Assim, o que se observa é o endosso de um resultado recebido à distância.

Por estas e outras razões, a Sociedade Internacional de Hemogenética Forense recomenda a realização do exame em dois laboratórios distintos ou que se proceda à conferência com dois tipos de exames genéticos diferentes.

Fator complicador para uma perfeita identificação genética reside no fato de nossa população ser miscigenada de forma contínua e dinâmica, tendo uma composição étnica muito complexa, tornando difícil sua equiparação com os resultados e as observações de outros povos.

Por outro lado, a literatura mundial especializada na matéria não se furta de alertar para a possibilidade de identificações incorretas ou duvidosas, concorrendo para resultados desastrosos, ainda que não tão freqüentes. Não convence a afirmação de que os resultados ambíguos ou atípicos sejam numa proporção insignificante. O certo é que eles existem, qualquer que seja a incidência admitida, e por isso deve-se considerar que, mesmo como fato isolado, alguém pode ser vítima de tal equívoco.

Outro ponto a salientar é que alguns laboratórios brasileiros passaram a desenvolver suas próprias técnicas de diagnóstico, não só para fugir das patentes devidas ao inventor dos métodos tradicionais, mas também como manobra ousada de simplificar e baratear o exame.

Além do mais, sente-se que há uma motivação em se criar um conceito de "prova absoluta." Isso tem levado muitos cientistas dessa área do conhecimento a rever a metodologia utilizada, sem, com isso, negar a contribuição

que o seu bom uso pode trazer, desde que se analise com a devida cautela os resultados encontrados. É claro que essa batalha não será fácil. Basta levar em conta o número assustador de interesses comerciais que existe em torno dessa tecnologia, propalada como de resultados irrepreensíveis e irrefutáveis.

Segundo Genival França¹³ o Conselho Nacional de Pesquisas da Academia Americana de Ciências, já em 1992, chamava a atenção, num criterioso relatório, sobre a importância do DNA na investigação do vínculo genético de filiação, recomendando um padrão para a execução dos testes e o aperfeiçoamento de seus métodos. Salienta o relatório que as partes envolvidas devem concordar quanto ao exame; a metodologia de coleta e a análise das amostras devem ser avaliadas em cada caso; a defesa tem o direito de acesso a todos os dados e registros laboratoriais decorrentes dos exames; e os laboratórios privados não podem ocultar informações sobre os resultados obtidos e métodos empregados, alegando segredo industrial.

O interessante, segundo o autor é que:

“... depois disso, os Tribunais americanos passaram a considerar os testes de DNA como elemento probatório adicional e não como prova definitiva, inclusive permitindo o contraditório”.

Nossos julgadores precisam entender que não é irreal a possibilidade de enganos, e que isso pode se traduzir em prejuízos irreparáveis, o que representa mais um forte motivo para que as demais provas produzidas em juízo também sejam valoradas e consideradas para a formação de sua decisão.

¹³ FRANÇA, Genival. Op. cit., nota 12.

Cabe destacar que no Brasil não existe nenhum organismo público ou privado que exerça fiscalização constante como controle de qualidade, e por isso não se tem como padronizar métodos e técnicas, nem muito menos como avaliar as condições operacionais dos laboratórios e a capacidade de seus *experts*.

Resultado disso é a proliferação irresponsável e nociva de laboratórios de baixo padrão, de cujos resultados muitos malefícios vão surgir. Não tem sido raro, segundo vários autores, encontrar laboratórios com reagentes imprestáveis, produtos com prazos vencidos, equipamentos com defeito, placas de gelatina desnaturadas, evidências de descuido na coleta de amostras e comprovados erros na organização dos arquivos e na transcrição dos laudos, fatos esses que vêm sendo advertidos há muito tempo. E mais, aquilo que tanto preocupa: cada laboratório “inventando” sua própria metodologia ou “criando” padrões de coincidências de bandas. Isso nos permite pensar que peritos que trabalham em serviços diferentes podem discordar dessas coincidências.

A dificuldade que os magistrados e advogados têm de adentrar nesse mundo insondável da perícia especializada, de métodos e técnicas tão complicados, tanto no que se refere ao aspecto analítico dos resultados, quanto a procedimentos mais particularizados, é notável. Este fato ocorre, em especial, pela rapidez na imposição destes testes, faltando aos operadores do direito, em sua formação, os ensinamentos que seus cursos básicos não conheciam.

Conforme bem salientado por Genival França,¹⁴ esta restrição se estende aos próprios peritos que funcionam junto a Tribunais e que não tiveram oportunidade de entender, em profundidade, o alcance e os fundamentos

¹⁴ *Ibidem*.

da prova do perfil de DNA em questões de investigação do vínculo genético.

Além disso, a prova do DNA está em acelerada evolução, e muita coisa que foi publicada, mesmo em periódicos sérios hoje não tem mais valor. Por outro lado, muitas das empresas que fabricam o material dos testes do DNA não deixam de insinuar serem os resultados de identificação de paternidade e de maternidade infalíveis e inquestionáveis, o que certamente vem subvertendo o entendimento dos analistas dessa prova.

Não se pode negar a importância da prova de DNA, no entanto, considerá-la infalível e absoluta, tornando assim o julgador prisioneiro de seus resultados, é um erro que deve bravamente ser evitado, sendo uma imprevidência sem tamanho substituir o juízo de valor de um magistrado por uma única prova, mesmo se produzida conforme as regras de segurança adotadas internacionalmente, cujo resultado permite uma certa margem de erro.

Infelizmente tal postura não nos parece adotada por nossos julgadores, haja vista, como já salientado, a inexistência de uma decisão sequer, em qualquer grau de jurisdição, onde o julgador tenha decidido contrariamente ao que determina o laudo pericial.

Esse quadro merece alteração, devendo nossos juízes e Tribunais mostrarem-se mais cautelosos, não desprezando o conjunto dos outros elementos probantes e fazendo uso dos resultados dos exames de DNA como um referencial probatório a mais e não um dogma inexorável, como tem sido a prática forense.

4. Conclusão

Por todo o exposto neste ensaio, forçoso é concluir que a postura de nossos julgadores no que concerne à valoração das provas, em especial no caso de ações de

investigação de paternidade, onde se encontra presente prova pericial de exame de DNA, deve ser alterada.

Não se pode admitir a continuidade do tratamento singular conferido a tal prova, que assume posição de soberania inalcançável na maioria das decisões pátrias a ponto de inexistir um julgamento sequer que contrarie o laudo do *expert*, passando este profissional, mero auxiliar da Justiça, a verdadeiro julgador, relegando-se ao magistrado simplesmente a tarefa de referendar a conclusão derivada da perícia.

Tal quadro fere as regras processuais pertinentes, já que, ao desprezar os demais meios probatórios, não está o julgador apenas valorando com maior índice um determinado tipo de prova, mas sim, indo além, violando mesmo princípios básicos, como o próprio contraditório ou direito de defesa, ou ainda aquele que confere às partes o poder de utilização de qualquer meio, desde que lícito.

O Código de Processo Civil é claro, em seu art. 436, ao libertar o juiz da obrigatoriedade de se restringir ao laudo pericial, podendo o julgador formar sua convicção livremente, tomando por base os demais elementos probatórios produzidos nos autos.

Tudo isso se confirma mesmo considerando-se que a perícia foi devidamente realizada, conforme os padrões de segurança determinados, por profissional habilitado e dentro dos procedimentos e técnicas recomendados.

O que dizer, então, quando se vê que tal lisura dificilmente é encontrada, já que sofrível a adequação das estruturas médico-legais em nosso país, onde a existência de laboratórios sem capacitação é considerável, onde a falta de verbas compromete o controle de qualidade dos testes, onde o material nem sempre é o indicado e, ainda, onde alguns peritos não possuem a capacitação técnica mínima.

Além de tudo isso, a existência de técnicas e métodos diversos de avaliação dão margem, vez por outra, a resultados diferentes, mesmo que os procedimentos e

o cuidado com o material colhido tenham sido feitos de forma adequada. Não se pode omitir, também, que as afirmações estatísticas baseadas em determinados dados são temerárias, porque montadas em sofismas matemáticos.

Necessário, pois, que se repense a “infalibilidade” do exame em DNA, elevado temerariamente como a suprema das provas e como maneira única e definitiva de resolução de todos os casos de avaliação do vínculo genético de paternidade.

O exame em DNA, como meio de determinar a vinculação genética da filiação, deve ser tão só um elemento probatório adicional, analisado em conjunto com as demais provas, não se podendo aceitar que o julgador, por comodismo, se transforme em um carimbador, em um autenticador do laudo apresentado pelo perito, desprezando injustificadamente as demais provas.

O dogma do DNA deve ser combatido, em nome da verdade e da Justiça, preocupando-se o julgador, com o maior rigor possível, com a forma em que o exame foi realizado, deixando mesmo de acolher aquele produzido fora dos padrões internacionais de segurança.

Em suma, o estudo do perfil de DNA, mesmo sendo um exame importante na questão mais delicada da hemogenética médico-legal, não alcançou ainda um nível de certeza que lhe empreste um valor probante absoluto e inquestionável, tratando-se de mera probabilidade, mesmo que alta.

Não pode, pois, o exame de DNA continuar a ser tratado como prova insofismável, incontestável e suficiente, mas, ao contrário, deve ser recebido com reservas, sob pena de, mesmo tendo tal metodologia os aplausos incansáveis de seus defensores e os encantos que a mídia propaga, alguns de seus resultados contribuírem, mesmo sem má-fé, para transformar a sentença numa tragédia, fazendo de um inocente, culpado; ou atribuindo-lhe um filho que não é seu.

Referências:

ARONNE, Ricardo. *O Princípio do Livre Convencimento do Juiz*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1996.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. v. I. 8ª ed., revista e atualizada segundo o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

FRANÇA, Genival Veloso de. *O vínculo genético da filiação pelo DNA: Sua aplicação nos tribunais*. In: Âmbito Jurídico, mar/2001. [Internet] <http://www.ambito-juridico.com.br/aj/bio0002.htm>

GIORGIS, José Carlos Teixeira. *A recusa ao exame de DNA e o novo Código Civil*. Artigo disponível pela Internet, no site <http://www.espacovital.com.br/artigogiorgis5.htm>

JOBIM, Luiz Fernando. *Teste de DNA*. São Paulo: Jornal a Folha de São Paulo, publicado em 26 de fevereiro de 2002.

MELENDI, Santiago Sentis. *La Prueba*. Buenos Aires: EJE, 1979.

MONTERO AROCA, Juan . *Los Principios Políticos de La Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil – Los Poderes Del Juez y la Oralidad*. Valência: Ed. Tirant lo Blanch, 2001.

MORAES, Maria Celina Bodin. Recusa à realização de exame de DNA na investigação de paternidade e direitos da personalidade. In: *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

SCHONBLUM, Paulo Maximilian Wilhelm. Exame de DNA: Faculdade ou Obrigatoriedade? Indício, Presunção ou Prova? In: *Temas Polêmicos de Direito de Família*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2003.

TARUFFO, Michele. *Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense*. Artigo publicado na Revista Trimestral de Direito Processual Civil, março de 1996.